

Universidades Lusíada

Pinto, Ricardo Leite, 1958-

**Anotação : acórdão n.º 288/98 de 18/4/98 :
fiscalização preventiva de referendo sobre a
interrupção voluntária da gravidez**

<http://hdl.handle.net/11067/5108>

<https://doi.org/10.34628/et4p-5y64>

Metadados

Data de Publicação	1999
Palavras Chave	Direito constitucional - Portugal - Jurisprudência, Aborto
Tipo	article
Revisão de Pares	yes
Coleções	[ILID-CEJEA] Polis, n. 07-08 (1999)

Esta página foi gerada automaticamente em 2023-05-05T14:19:55Z com
informação proveniente do Repositório

ANOTAÇÃO

1. As linhas que se seguem, mais do que uma anotação ao acórdão que antecede, pretendem discutir criticamente o problema da fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade do referendo nacional. Para tanto usar-se-á a título exemplificativo o Acórdão n° 288/98 de 18/4/98 alusivo à interrupção voluntária da gravidez. Os outros dois acórdãos até hoje produzidos em sede de fiscalização preventiva do referendo nacional os Acs. 531/98 e 532/98 (ambos publicados no DR, n° 174/98 - I-A, suplemento, de 30/7/98), o primeiro, sobre o Tratado de Amsterdão e o segundo sobre a instituição em concreto das regiões, não são, para o propósito do presente comentário, tão significativos da tese que se discute.

2. As particularidades da fiscalização pelo Tribunal Constitucional (TC) das propostas de referendo, à luz dos art. 115° n° 8 e 223° n° 2 f) da Constituição na versão revista em 1997, merecem uma análise cuidada ¹.

Os problemas que se suscitam são vários e nem todos, como adiante se verá, oferecem resposta fácil e pacífica.

A fiscalização da proposta do referendo é, por confronto com as restantes fases do procedimento referendário, aquela em que os holofotes da opinião pública e dos *media* menos incidem. Com efeito – como a realidade dos factos o comprova – os órgãos de comunicação social estão atentos aos problemas da iniciativa referendária, – saber se ela vem do Governo, da Assembleia da República ou dos cidadãos e que pergunta ou perguntas serão feitas –, quer saber se o Presidente da República convocará ou não o referendo, não perderá nada da campanha referendária e naturalmente alargar-se-á em análises de conteúdo mais ou menos prospectivo sobre os resultados do referendo e as suas implicações políticas.

(*) Assistente do Departamento de Direito da Universidade Lusíada.

¹ Também no referendo local se suscitam questões similares Cfr. Lei n° 49/90 de 24 de Agosto, art. 11° e ss.

Contudo sobre a fiscalização preventiva da constitucionalidade ou da legalidade dedicará meia dúzia de linhas numa das páginas interiores.

A menos, é claro, que o Tribunal Constitucional entenda não poder realizar-se o projectado referendo em razão das inconstitucionalidades ou ilegalidades entre-tanto detectadas.

Mas a verdade é que esta última possibilidade, a do TC inviabilizar a consulta popular não é uma hipótese remota, – e verificou-se já, como se sabe, no caso do referendo sobre a União Europeia – atento o amplíssimo conjunto de *items* que aquele pretório tem de analisar, para que considere constitucional e legalmente admissível o projectado referendo, a que se deve adicionar o próprio entendimento do TC quanto aos limites dessa análise.

Eis porque não sendo o tema necessariamente mediático, tem ele a virtualidade de interessar não só os juristas, como em geral a opinião pública, em razão do confronto que se pode suscitar entre a vontade do povo – via iniciativa popular ou via Assembleia da República – de convocar um referendo e a vontade dos juízes constitucionais quanto à compatibilidade constitucional e legal dessa iniciativa.

O que acaba de se dizer – que bem poderia ser introduzido pela epígrafe de “judicialização do referendo” – aconteceu quando o TC chumbou a iniciativa referendária sobre o Tratado de Amsterdão, proposta pela Assembleia da República (Ac. nº 531/98)⁽¹⁾ –, e esteve a um passo de acontecer, quando o TC validou – porque de verdadeira validação se trata – o referendo sobre a Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) em Maio de 1998. Não passou desapercibido a alguns ter esta última decisão sido tomada pela tangencial margem de 7 votos a favor contra 6, no nosso mais alto pretório. Mas as razões de semelhante resultado e sobretudo as suas consequências jurídico-políticas passaram em branco.

Procuraremos neste texto pôr em relevo essas razões – tomando o caso da IVG como exemplo – e discutir algumas dessas consequências em abstracto, quer do ponto de vista do direito constituído quer do direito a constituir.

3. Deve começar por se salientar o carácter inultrapassável da fiscalização preventiva da constitucionalidade ou legalidade do referendo, como uma das características que a Constituição lhe emprestou.

Ela é obrigatória nos termos do art. 115º nº 8 da CRP, devendo nos oito dias subsequentes à publicação da resolução da AR ou do Conselho de Ministros, o PR submeter a respectiva proposta de referendo ao TC (art. 26º da Lei 15-A/98 de 3 de Abril, de ora em diante L.O.R.R.). Semelhante obrigatoriedade contrasta vivamente com o regime da fiscalização preventiva dos actos normativos regulado no art.

⁽¹⁾Ao invés do que, na aparência, se fez crer, essa decisão foi tirada por 8 contra 5 votos, o que mostra a divergência de opiniões no seio do tribunal.

278º da CRP. Aqui onde impera a natureza facultativa – entregando-se à livre apreciação do PR as vantagens e inconvenientes em suscitar a fiscalização preventiva – ali é obrigatória. Mas outras diferenças se podem elencar decorrentes desta:

a) se na fiscalização preventiva, dita ordinária², está em causa apenas a inconstitucionalidade, na que ora nos ocupa também o problema da ilegalidade se coloca;

b) se na primeira o que se pondera é um juízo de não inconstitucionalidade, aqui impera a verificação expressa da “constitucionalidade e da legalidade”;

c) se na fiscalização de normas a decisão do TC pode em alguns casos ser superada por uma deliberação confirmativa, na do referendo tal questão se não põe, admitindo-se tão só a hipótese de expurgo ou reformulação da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, (art. 28º da LORR) em qualquer caso sujeitas a novo crivo do TC, o qual continua a ter, após reformulação, uma decisiva palavra na matéria³.

Ou seja, a Constituição colocou o TC como obrigatório guardião constitucional do referendo, tornando inultrapassável a sua decisão nesta fase. E se bem que na fase seguinte, – a da convocatória do referendo a cargo do PR, – este acabe por ter voz própria, “pessoal, autónoma e discricionária”⁴, podendo recusar-se a convocar a pretendida consulta popular, a verdade é que sem o *nihil obstat* dos juizes constitucionais o Chefe de Estado nada pode fazer.

Tão significativo destaque para o papel do TC nesta fase, não se justifica, julgamos nós apenas por uma desconfiança constitucional pelas formas de democracia semi-directa – suspeitas de colorações bonapartistas ou plebiscitárias ou pela prevalência das formas de democracia representativa⁵ no texto constitucional de 1976. Essa desconfiança é patente, até por razões históricas ligadas ao nosso passado recente⁶, sendo ilustrada aliás pelo próprio âmbito restritivo das matérias referendáveis, objecto das mais variadas críticas designadamente no que concerne à proibição do referendo para as alterações à Constituição⁷. E a prevalência das formas representativas da democracia na arquitectura constitucional também não oferece contestação. Mas há outra razão. Aquela que, confirmando a nítida “sobrecarga de atribuições”⁸ que as sucessivas revisões constitucionais e a legislação

² Luís Barbosa Rodrigues, *O Referendo Português a Nível Nacional*, Coimbra, 1994, pp. 210 e ss.

³ Assim José Matos Correia, Ricardo Leite Pinto e Fernando Roboredo Seara, *Direito Constitucional Português Vigente II – O Referendo Nacional e Local*, Lisboa, 1997, pp. 18 e 19.

⁴ Cfr. Maria Benedita Pires Urbano, *O Referendo, Perfil Histórico Evolutivo do Instituto. Configuração Jurídica em Portugal*, Coimbra, 1998, p. 236.

⁵ Cfr. Maria Benedita Pires Urbano, *O Refendo*, cit. p. 236.

⁶ Cfr. Ricardo Leite Pinto, *Referendo Local e Descentralização política*, Coimbra, 1988, pp. 69 e ss.

⁷ Cfr. Fernando Paulo da Silva Suordem, *Legislação do Referendo Anotada*, Coimbra, 1997, pp. 34 e ss.

⁸ Cfr. António de Araújo, *O Tribunal Constitucional (1989-1996)*, Coimbra, 1997, p. 10.

ordinária conferiram ao TC, poderá significar um reforço das posições teóricas e doutrinárias que em Portugal defendem o activismo judicial na querela entre a legitimidade da justiça constitucional e a democracia ⁹.

A simples circunstância da consagração da obrigatoriedade da fiscalização preventiva no referendo, pode potenciar esse entendimento, se é que ele não está mesmo subjacente à solução constitucional.

Não cabe neste texto discutir a harmonização entre princípio da maioria e princípio da constitucionalidade – no fundo a querela entre Democracia e Constituição.

Saber quais os limites da justiça constitucional para invalidar decisões políticas e normativas aprovadas pela maioria do povo, remeter-nos-ia para um vastíssimo campo teórico com abundante literatura que escapa a esta breve anotação.

Dir-se-á tão só, a benefício de futuro inventário, que o equilíbrio entre a vontade do povo, decidindo directamente em consulta popular ou dando uma maioria legitimada para governar e o princípio da constitucionalidade, como garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos e das minorias, se reconduz ao papel da adjudicação constitucional, que, no fundo, apenas resolve qual das duas legitimidades impera, fazendo prevalecer, em caso de confronto, a legitimidade da Constituição (que acaba por ser ao fim e ao cabo a legitimidade da maioria histórica que aprovou essa mesma Constituição).

Mas a justiça constitucional comporta limites, como se sabe. Não compete ao juiz corrigir a Constituição, não compete ao juiz substituir-se ao legislador na formulação de soluções conformes à Constituição, não compete ao juiz, enfim, manipular e corrigir a vontade do legislador ordinário.

E, no nosso entendimento, este equilíbrio entre Democracia e Constituição, deve manter a via aberta para, utilizando a expressão de BRUCE ACKERMAN¹⁰ manter a Constituição viva, através de um sistema de duas pistas: pela primeira, a política normal (*normal politics*), o povo faz-se ouvir no dia a dia através do executivo e do legislativo com respeito do princípio da constitucionalidade, pela segunda, a política constitucional (*constitutional politics*), deve ser dada ao povo, em momentos extraordinários, a oportunidade de alterar a sua Constituição quando entenda que a mesma é incompatível com a sua felicidade, para usarmos a bela expressão de THOMAS JEFFERSON. Esses momentos podem e devem manifestar-se nas revisões constitucionais ou em outras excepcionais circunstâncias que abram caminho à reforma da Constituição.

⁹ Cfr. Maria da Assunção Esteves, “Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Tribunal Constitucional)*, Coimbra, 1995, pp. 127 e ss.

¹⁰ Cfr. *We the People, Foundations* The Belknap Press of Harvard, 1993, p. 6 e ss.

Uma democracia dualista, de acordo com a proposta de ACKERMAN, respeita o princípio da constitucionalidade mas não ignora o princípio da maioria (sobretudo quando este se traduz na voz do povo a falar directamente).

E este entendimento é particularmente apto para perceber porque em sede de referendo – tratando-se como se trata não apenas da expressão da maioria dos representantes do povo, mas do próprio povo a falar – teria sido mais avisado afastar a obrigatoriedade da fiscalização preventiva deixando tão só na livre apreciação do Presidente essa possibilidade, à semelhança da fiscalização preventiva dos actos normativos¹¹.

Evitar-se-ia desde logo a possibilidade, pouco sensata e afinal de nenhuma utilidade, de se ter de sujeitar a fiscalização preventiva uma consulta que o Chefe de Estado de antemão entende não levar a efeito no uso da sua prerrogativa de não convocar o referendo.

Argumento menor, sem dúvida, mas apesar de tudo não despendendo.

Dir-se-á, contudo, que a Constituição quer evitar a todo o custo referendos inconstitucionais ou campanhas referendárias sobre questões incompatíveis com a Constituição, o que traduziria uma preocupação “constitucionalista” aceitável. E isto porque, atenta a natureza vinculativa dos resultados da consulta referendária (art. 241º da LORR) e a inexistência de fiscalização sucessiva no referendo, este, na hipótese de versar questão inconstitucional e ter passado pelo crivo presidencial, se tornaria num referendo inconstitucional levando à aprovação de um acto legislativo ou convencional também ele inconstitucional.

Mas sempre se objectará que esse acto ou convenção seria sempre susceptível de fiscalização da constitucionalidade repressiva nos termos gerais (arts. 242º da LORR *a contrario*), a ele se aplicando todo o regime de efeitos da declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Ou seja, e nesse particular, nada de substancialmente diferente ocorreria do que já existe com o controle da constitucionalidade dos actos normativos, ficando garantida a prevalência do princípio da constitucionalidade.

É certo que o referendo, nestas condições – campanha eleitoral e participação directa do povo – poderia ser utilizado para subverter os esquemas essencialmente representativos da nossa democracia constitucional e sobretudo, como na fase “gaullista” da V República Francesa, ser utilizado pelo Presidente da República com intuítos plebiscitários ou mesmo com o propósito explícito ou implícito de rever a Constituição, assim se frustrando a proibição do art. 115 nº 1 al. a) da CRP.

Só que também aqui esse risco é muito atenuado dado que a iniciativa referendária não cabe ao Presidente mas pertence ao Governo ou à Assembleia da República (eventualmente a pedido dos cidadãos pela via da iniciativa popular).

¹¹ No mesmo sentido de Paulo Fernando da Silva Suordem, *op. cit.* p. 65.

Só haveria então utilização plebiscitária, num cenário de acordo político entre o Presidente, o Governo e a Assembleia da República, o que, no quadro do nosso sistema de governo, não é plausível. Mas ainda assim as consequências normativas de tal consulta, poderiam ser sempre invalidadas pelo TC.

Ficariam as consequências políticas: uma campanha e um resultado referendário em torno de uma questão de duvidosa constitucionalidade.

Mas seriam justamente estas consequências que aconselhariam, a nosso ver, a consagrar a não obrigatoriedade da prévia judicialização do referendo. É que, mesmo, numa hipótese altamente improvável, o Presidente da República, sob proposta da AR, a pedido de um significativo número de cidadãos, insistisse em levar a cabo um referendo sobre uma questão que comportasse uma resposta de duvidosa compatibilidade com a Constituição – a que o TC não pudesse atalhar pela via preventiva – isso não seria necessariamente negativo.

Vejamos porquê.

Uma Constituição às avessas da sociedade é uma Constituição morta. Corre o risco de se tornar, na terminologia de KARL LOEWENSTEIN, numa Constituição nominal ou semântica ⁽¹²⁾.

Se o momento referendário – pela iniciativa, pela campanha e sobretudo pelo seu resultado – confirmasse de forma ampla esse afastamento entre o povo e a Constituição, – numa ou mais questões concretas – a consulta popular não teria sido inútil. Seria a prova de que o sistema constitucional português, de acordo com o que antes dissemos, seria um sistema aberto que permitiria excepcionalmente, – em complemento dos quadros representativos do Parlamento – um caminho ou uma via para adequar o texto constitucional à realidade portuguesa e ao sentir do seu povo, sem tentações antidemocráticas.

O referendo é pela sua natureza uma forma de expressão popular particularmente intensa, dado que é o povo, sem intermediários, – partidos, grupos ou deputados, – quem faz valer a sua opinião de forma directa.

Uma democracia assente exclusivamente no referendo seria uma utopia. Mas, tal como o referendo é hoje perspectivado na generalidade das democracias, ele funciona como um correctivo à predominância das formas representativas de governo. Em Portugal, dada a partidarização quase absoluta do sistema político, o referendo poderá e deverá funcionar como um meio para que os cidadãos não inscritos ou filados em partidos se façam ouvir. Essa função deve mesmo ser potenciada por forma a que a democracia seja uma democracia a várias vozes: a dos partidos mas também a dos cidadãos.

Ora, como todos sabemos, a Constituição é alterável – ou melhor só é alterável – pela via representativa da Assembleia da República. Mas nada impede que outra voz – a voz do povo – se faça ouvir interpelando os representantes sobre a

⁽¹²⁾ Cfr. *Teoria de La Constitucion (Trat. Castelhana)*, 2ª ed., 1970, pp. 216 e ss.

necessidade de adaptar a Constituição à realidade.

A abertura da democracia à participação popular não mediatizada pelos partidos exige contenção judicial e um entendimento aberto do conteúdo da consulta popular que, no limite, faça prevalecer a possibilidade do povo ser ouvido.

Um sistema constitucional assim entendido provaria a vitalidade da Constituição e a possibilidade do seu próprio aperfeiçoamento fora do espartilho partidário que enforma os quadros representativos da Democracia portuguesa. O momento referendário confirmaria então as possibilidades de uma democracia dualista, em que a voz do povo se fizesse ouvir em momentos importantes e extraordinários¹³ sobre questões com dignidade constitucional.

Dir-se-á que semelhante posição se traduz num apelo ao referendo constitucional, ainda que por via indirecta. Somos favoráveis ao referendo constitucional e lamentamos que ele não tenha sido consagrado no texto constitucional, mas não é esse o ponto que trazemos à colacção. O que se defende é que na convocatória referendária deva ser dada margem à decisão política – com óbvia restrição da componente judicial – mesmo que no limite essa iniciativa possa colocar algum desafio à arquitectura constitucional existente.

Ora isso só seria possível sem a judicialização prévia do referendo.

4. Ora este regresso às origens – pela possibilidade da voz do povo ser ouvida – é que parece estar cerceado pela particular posição dos guardiões da Constituição em todo o procedimento referendário. É que para além da obrigatoriedade da fiscalização preventiva devemos ponderar a extensão e o conteúdo da averiguação que o TC exerce em sede de legalidade e constitucionalidade.

Segundo a doutrina, a tarefa do TC divide-se em duas partes: a compatibilidade da proposta referendária com a Constituição (a fiscalização preventiva da constitucionalidade) e a averiguação da compatibilidade com os requisitos e trâmites legais previstos designadamente na LORR (fiscalização preventiva da legalidade)¹⁴.

Pondo de parte os aspectos que se prendem com a legalidade da consulta (limites temporais, circunstanciais, iniciativa referendária) e detendo-nos apenas na averiguação da constitucionalidade, há que reconhecer que a mesma envolve, teoricamente, um número substancial e complexo de pontos: saber se a questão tem ou não “relevante interesse nacional”, se se encontra ou não excluída pelo n.º 4 do art. 115.º da CRP, se foi ou não suscitada por acto legislativo em processo de

¹³⁾ Cfr. Ricardo Leite Pinto, *O “Momento Maquiavélico” na Teoria Constitucional Norte-Americana, Republicanismo, História, Teoria Política e Constituição*, Lisboa, Edições da Universidade Lusíada, 1998, pp. 180 e ss.

¹⁴⁾ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3.ª ed. Coimbra, 1993, pp. 535 e ss.

apreciação e se o mesmo é compatível com o art. 4º da LORR, se o referendo recai sobre uma ou mais matérias, se a formulação das perguntas referendárias satisfaz os requisitos da objectividade, clareza e precisão e ainda se o universo de votantes respeita o disposto no nº 12 do art. 115º.

Um enorme conjunto de questões, avaliadas caso a caso, e qualquer delas susceptível de invalidar a possibilidade da convocatória da consulta popular.

Por exemplo, os problemas da inteligibilidade e da objectividade da pergunta referendária – inerentes às características deste tipo de instrumento de democracia – encontram-se entre aqueles cuja divergência opinativa é notória. O grau de subjectividade na sua avaliação é palco para intermináveis discussões acerca da simplicidade/complexidade das questões, sobre a honestidade política e a sugestão política, sobre os quesitos explícitos e os quesitos implícitos, sobre artifícios que levem a votações falseadas¹⁵, etc.

Vejamos um exemplo das notórias divergências de pontos de vista quanto à objectividade de uma questão referendária.

No Acórdão do TC sobre a questão da IVG, acima reproduzido, o Tribunal teve oportunidade de se pronunciar sobre a objectividade da pergunta formulada. Assim entendeu, por maioria, verificável esse desiderato, perante a seguinte pergunta: “Concorda com a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, se realizada, por opção da mulher, nas primeiras dez semanas, em estabelecimento de saúde legalmente autorizado?” E face as dúvidas de que a referência a “estabelecimento de saúde legalmente autorizado” inculcaria no eleitor a ideia de que sendo a IGV realizada em estabelecimentos com autorização legal não faria sentido penalizá-la – o que induziria a responder afirmativamente – sustentou que as condições de atribuição da autorização legal a tais estabelecimentos não dependem da resposta afirmativa ao referendo. Contudo o acórdão faz-se acompanhar por vários votos de vencido, três dos quais sustentam que a questão formulada não respeita o princípio da objectividade. Lê-se, a título exemplificativo, no voto de vencido do Conselheiro Paulo Mota Pinto, que parte do princípio de que o eleitor português “tem graus de instrução e literacia abaixo da média”, que o enquadramento da frase da expressão “em estabelecimento legalmente autorizado” se afigura susceptível de conduzir a um enviezamento da resposta, ou pelo menos de despertar dúvidas nos destinatários. A condição contida na parte final da pergunta pressupõe a existência de estabelecimentos legalmente autorizados a realizar a interrupção voluntária da gravidez por opção da mulher mas estes só existirão em caso de resposta positiva à própria pergunta posta à consideração do eleitorado. A hipótese da pergunta pressupõe pois uma resposta positiva e pode predispor a esta resposta por se entender que existindo estabelecimentos legalmente autorizados a realizar a interrupção voluntária da gravidez nas condições definidas, seria paradoxal pena-

⁽¹⁵⁾ Cfr. Maria Benedita Pires Urbano, *op. Cit.* pp. 207 e ss.

lizar essa interrupção”. Também levantando dúvidas quanto à objectividade da pergunta, embora não necessariamente com os mesmos argumentos, encontram-se os votos de vencido dos Conselheiros Cardoso da Costa e Tereza Beleza.

Ora não parece, em nossa opinião, que para um destinatário médio, medianamente atento, informado e esclarecido – e é desse ponto de vista que nos devemos colocar – que a concreta questão sobre o IGV sofra de qualquer *déficit* de objectividade que constitucionalmente a invalide. Pode seguramente argumentar-se que haveria perguntas diferentes susceptíveis de serem colocadas, mais ou menos amplas, mais simples ou mais complexas, mas não cabe ao TC, – sob pena de extravasar as suas funções já de si amplíssimas, nesta matéria, como vimos – corrigir ou completar os quesitos que lhe são propostos.

Contudo o ponto que gostaríamos de trazer à discussão não é, concretamente, o da objectividade da pergunta, mas sim o da extrema fragilidade onde assenta o instituto do referendo nacional, na perspectiva da sua viabilidade, dependente que está, no contexto da fiscalização preventiva a que fica sujeito, das sugestões de linguagem e de sentido quanto à pergunta formulada por parte da magistratura constitucional.

Exige-se seguramente clareza, precisão e objectividade da questão colocada ao povo, mas mais uma vez parece excessivo que a determinação desses requisitos fique obrigatoriamente a cargo dos juizes constitucionais, sobretudo quando há o sério risco destes, como o caso antes citado o ilustra, adoptarem um ponto de vista inimigo da consulta popular, ao pressuporem no eleitorado um baixo grau de instrução e literacia que os impediria, em regra, de ver claro na pergunta a que têm de responder.

Outrossim parece excessivo que incumba ao TC a verificação do que se entenda por questão de “relevante interesse nacional”. Sem querer relegar para o domínio das “*political questions*” esta matéria, parecerá avisado que a aferição da importância e âmbito nacional da questão fique nas mãos dos órgãos com competência para proporem a consulta (AR ou Governo) e em última análise ao PR¹⁶, a quem a palavra final compete. Contudo também neste aspecto o TC, no acórdão sobre a IGV, se considerou competente para a sua apreciação sem embargo de inexistir norma constitucional e legal expressa que lhe atribua tal papel.

E finalmente um último aspecto.

A Constituição impõe a obrigatoriedade da fiscalização e nesta a verificação de vários itens, como vimos, mas nada diz quanto à obrigatoriedade da apreciação da eventual inconstitucionalidade do futuro acto legislativo ou convencional que de uma resposta positiva vier a resultar.

⁽¹⁶⁾ Nesse sentido Maria Benedita Pires Urbano, *op. cit.* p. 234.

Antes de prosseguir convirá efectuar um importante *distinguo*.

Uma coisa é a verificação de que o quesito colocado envolve uma questão directa e expressamente incompatível com a Constituição (sim ou não à pena de morte, sim ou não à independência da Madeira e Açores, sim ou não ao direito à greve, por exemplo), e aí não se suscitam grandes dúvidas de que o TC tem necessariamente que o verificar, à luz do direito constituído.

Outra questão é da verificação da conformidade material das eventuais traduções normativas da resposta positiva dada pelo povo à pergunta colocada, quando esta se apresenta, como deverá ser a regra, formulada de modo necessariamente amplo e simplificado.

A resposta afirmativa no referendo envolve, como se sabe, consequências apenas indirectas na ordem jurídica – determinando a aprovação futura do acto legislativo ou convencional e ainda assim sem qualquer sanção para o caso da inexecução desse dever legal. Ora não se afigura possível a averiguação da conformidade constitucional dos eventuais actos normativos subsequentes, que só mais tarde em face da lei concreta que vier a ser aprovada se poderão avaliar.

E se bem que este último entendimento tenha sido advogado pela Conselheira Tereza Beleza no acórdão sobre o IVG, constituiu ela uma voz solitária, já que quer a posição maioritária que fez vencimento no acórdão, quer a dos cinco restantes votos vencidos, se desentranharam em considerações sobre a eventual inconstitucionalidade das futuras soluções normativas que uma resposta positiva poderá provocar. A posição maioritária recapitulou os argumentos a favor da constitucionalidade da IVG quando o TC se teve que pronunciar – Acs. 25/84 e 85/85 –, os votos contrários reproduziram as teses criminalizadoras da IGV e defenderam a sua inconstitucionalidade.

Ou seja, o TC muito para além do que seria aceitável, julgou ao fim e ao cabo da eventual inconstitucionalidade da futura lei sobre o IVG, se por acaso, o sim tivesse ganho (o que, como se sabe, não aconteceu).

Tratou-se assim de um autêntico exercício de fiscalização virtual e que mais uma vez põe em evidência os riscos da fiscalização obrigatória sobretudo quando conciliada com um entendimento muito activo da magistratura constitucional (onde se revela, aliás, uma notória desconfiança por esta forma de democracia semi-directa).

Encarada esta questão em abstracto, não nos parece que para além de um verificação do quesito referendário e da sua expressa e directa compatibilidade com a Constituição, – e ainda assim num contexto de alguma flexibilidade atenta a natureza não normativa da consulta referendária – se legitime uma indagação sobre as várias soluções normativas que a hipotética futura lei poderá compreender.

Por um lado a consequência normativa do resultado referendário é por natureza incerta. Não faz assim sentido uma pronúncia sobre algo que não existe nem se sabe se existirá. Por outro lado, mesmo que a resposta popular venha a traduzir-se

em lei ou acto convencional, a amplitude do legislador para regular aquela intenção é necessariamente grande e extravasará em regra o próprio âmbito circunscrito do referendo. Ou seja o TC poderá ser chamado a fiscalizar a *posteriori* a lei que é o resultado do referendo, em moldes muito mais amplos, e não necessariamente coincidente com o juízo que na fiscalização preventiva formulou. Imagine-se uma mudança de opinião no seio do TC (por via da mudança de opiniões dos juízes, o que não seria inédito, ou da própria composição do órgão) quanto ao juízo de inconstitucionalidade manifestada por ocasião da fiscalização preventiva. Poderia então ocorrer a situação em que o entendimento maioritário do TC havia previamente viabilizado a consulta popular por entender que as futuras soluções normativas que resultem de uma resposta positiva, seriam compatíveis com a Constituição, para depois declarar inconstitucional a lei de sentido correspondente ao referendo, por entretanto a opinião maioritária do TC ter mudado.

É certo que o TC poderá sempre considerar inconstitucional uma lei resultado de um referendo, por entender que a tradução normativa da vontade política do povo é contrária à Constituição. E também é certo que não vigora entre nós o princípio do “*stare decisis*” em sede de jurisprudência constitucional. Mas reconheça-se a delicadeza no plano dos valores jurídico-constitucionais da seguinte situação: o TC num primeiro momento – num excesso de activismo judicial – garante a não incompatibilidade futura das eventuais traduções normativas de um referendo positivo, para num segundo momento inviabilizar essas mesmas traduções normativas. De resto, e como argumento final, sempre se dirá que a fiscalização do referendo é destinada a averiguar da sua “constitucionalidade e legalidade” como a Constituição se expressa e não da eventual não inconstitucionalidade das soluções normativas que do referendo possam vir a resultar. Razões pois, para desconfiar da bondade da solução que o nosso TC abraçou no seu primeiro acórdão sobre o referendo nacional.